

**Stellungnahme**

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs**

von

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. em. an der LMU München

Richter am OLG München a.D.

## Inhaltsübersicht

### A. Gesetzeszweck und Gesetzeswirkung

### B. Grundfragen zum Regierungsentwurf

#### I. Einschränkung des „fliegenden Gerichtsstands“ (§ 14 Abs. 2 S. 2 und 3 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag
2. Stellungnahme

#### II. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs von Mitbewerbern bei Informationspflichtverletzungen (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag
2. Stellungnahme

#### III. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs von Mitbewerbern bei Datenschutzverstößen (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag
2. Stellungnahme
  - a) Abschließende Regelung der Durchsetzung in der DS-GVO
  - b) Sachliche Notwendigkeit einer Konzentration der Rechtsdurchsetzung auf die Aufsichtsbehörden
  - c) Einwand der Überlastung der Aufsichtsbehörden
  - d) Verhältnismäßigkeit der Rechtsdurchsetzung
  - e) Gefahr der Auslösung einer Abmahnwelle
  - f) Verbleibende Möglichkeit des Vorgehens nach dem UWG gegen Datenschutzverstöße
  - g) Streichung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E präjudiziert nicht die Anwendung des UWG

#### IV. Anspruchsberechtigung von Gewerkschaften (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E und § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E)

1. Die Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E
  - a) Regelungsvorschlag
  - b) Stellungnahme
2. Die Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E

- a) Regelungsvorschlag
- b) Stellungnahme

### **C. Einzelfragen zum Regierungsentwurf**

#### I. Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E)

- 1. Regelungsvorschlag
- 2. Stellungnahme

- a) Das Kriterium „in nicht unerheblichem Maße“
- b) Das Kriterium „nicht nur gelegentlich“

#### II. Anspruchsberechtigung von „qualifizierten Wirtschaftsverbänden“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E)

- 1. Regelungsvorschlag
- 2. Stellungnahme

- a) Grundsätzliche Beurteilung
- b) Einzelne Anforderungen an „qualifizierte Wirtschaftsverbände“

aa) § 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E

bb) § 8a Abs. 3 UWG-E i.V. mit § 4b UKlaG-E

#### III. Verbot der missbräuchlichen Abmahnung (§ 8b Abs. 2 UWG-E)

- 1. Regelungsvorschlag
- 2. Stellungnahme

#### IV. Formale Anforderungen an eine Abmahnung (§ 13 Abs. 2 UWG-E)

- 1. Regelungsvorschlag
- 2. Stellungnahme

- a) § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E
- b) § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG-E
- c) § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-E

## A. Gesetzeszweck und Gesetzeswirkung

Die Bezeichnung des geplanten Gesetzes als „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ hat Suggestivwirkung: Wer sollte etwas dagegen haben, wenn es darum geht, den fairen (= lauterer) Wettbewerb zu stärken? Die Frage ist aber, ob alle der im Regierungsentwurf (RegE) vorgesehenen Gesetzesänderungen auch die angestrebte Wirkung haben oder ob einzelne Regelungen ungewollt sogar zu einer Schwächung des fairen Wettbewerbs führen.

Dies zu untersuchen, ist Aufgabe der Stellungnahme. Dazu sollen einige grundsätzliche Fragen zum RegE (sub B) und einige sonstige Fragen (sub C), gestellt werden. Prüfungsmaßstab soll zum einen der unions- und verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sein, d.h. die Beurteilung, ob einzelne Änderungsvorhaben des RegE geeignet, erforderlich und angemessen sind, um den Regelungszweck zu erreichen. Zum anderen geht es um die Beachtung des Vorrangs des Unionsrechts.

## B. Grundfragen zum Regierungsentwurf

### I. Einschränkung des „fliegenden Gerichtsstands“ (§ 14 Abs. 2 S. 2 und 3 UWG-E)

#### 1. Regelungsvorschlag

§ 14 Abs. 2 S. 2 und 3 UWG-E beseitigt den bisher in § 14 Abs. 2 S. 1 UWG enthaltenen Gerichtsstand des *Begehungsorts*, unter dem sowohl der *Handlungsort* als auch der *Erfolgsort* einer (geschäftlichen) Handlung zu verstehen ist. Eine Ausnahme wird lediglich für den Fall gemacht, dass sich die geschäftliche Handlung an einen örtlich begrenzten Kreis von Marktteilnehmern richtet oder der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

In der Begründung (S. 18) wird diese Regelung mit folgender Erwägung gerechtfertigt:

*„Als weitere wichtige Maßnahme wird der fliegende Gerichtsstand eingeschränkt werden. Dies soll kleine und mittlere Unternehmen davor schützen, dass einstweilige Verfügungen gezielt bei von deren Sitz weit entfernten Gerichten beantragt werden, um den Betroffenen die Rechtsverteidigung zu erschweren.“*

Weiter (S. 33) heißt es dazu, dass die faktische Wahlmöglichkeit des Gerichtsstands dem Kläger einen großen Vorteil einräume und dies den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verletze.

#### 2. Stellungnahme

Der Grundsatz, dass sich die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts bei unerlaubten Handlungen nach dem Begehungsort (Handlungsort und Erfolgsort) richtet, ist sowohl im allgemeinen deutschen Zivilprozessrecht (§ 32 ZPO) als auch im Unionsrecht (Art. 7 Nr. 2 EuGVVO = Brüssel Ia-VO) anerkannt. Dies gilt auch für unerlaubte Handlungen im Internet. Ein Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit ist darin nicht zu erkennen. Es müssten daher besondere Gründe vorliegen, die eine Abweichung im nationalen Lauterkeitsrecht rechtfertigen würden.

Der RegE sieht solche Gründe in den *Misständen* bei der Wahl eines Gerichtsstands insbesondere in Fällen lauterkeitsrechtlicher Verstöße im Internet, die den Beklagten benachteiligen würden. So wird eine Missbrauchsgefahr u.a. darin gesehen, dass ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oft bei Gerichten gestellt werde, von denen der Antragsteller wisse, dass sie seiner Rechtsauffassung zuneigen, einstweilige Verfügungen bereitwillig und ohne Anhörung des Gegners erlassen oder regelmäßig hohe Streitwerte festsetzen. - Dieser Vorwurf richtet sich aber der Sache nach gegen die Gerichte und nicht gegen die Antragsteller. Ihnen wird mehr oder weniger vorgeworfen, sie würden parteiisch entscheiden.<sup>1</sup>

Wirkliche Misstände, wie die Wahl eines Gerichts, das weit entfernt vom Wohn- oder Geschäftssitz des Antragsgegners liegt, in der Hoffnung, dass der Antragsgegner auf Grund der Entfernung keinen Widerspruch einlegt, erfüllen bereits jetzt den Tatbestand des Missbrauchs i.S. des § 8 Abs. 4 S. 1 UWG.<sup>2</sup> Die Rechtsfolge des Missbrauchs, nämlich die Verpflichtung zum Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen des Gegners nach § 8 Abs. 4 S. 2 UWG (= § 8b Abs. 3 S. 1 UWG-E), stellt bereits jetzt eine wirksame Sanktion gegen solche Verhaltensweisen dar.

Im Übrigen stünde die weitreichende Einschränkung des Gerichtsstands des Begehungsorts in Widerspruch zu den Wertungen des Unionsgesetzgebers. In der Begründung (S. 33) wird zwar an sich zutreffend darauf hingewiesen, dass Art. 7 Nr. 2 VO (EU) Nr. 1215/2012 (= Brüssel-Ia-Verordnung) als Gerichtsstand für unerlaubte Handlungen, zu denen unstreitig auch Wettbewerbsverstöße gehören, den Begehungsort festlege. Diese vorrangige Regelung sei aber nur anwendbar, wenn das angerufene Gericht, um dessen Zuständigkeit es gehe, in einem anderen Staat als dem Sitzstaat des Beklagten liege.

Das ändert aber nichts daran, dass der RegE deutsche Kläger im Vergleich zu EU-ausländischen Klägern benachteiligt. Beispiel: Unternehmer wirbt irreführend im Internet und spricht damit gezielt deutsche und österreichische Verbraucher an. Hier könnte zwar ein österreichischer Mitbewerber gegen den deutschen Unternehmer vor einem österreichischen Gericht unter Berufung auf den Erfolgsort i.S. des Art. 7 Nr. 2 VO (EU) Nr. 1215/2012 klagen. Dagegen müsste ein deutscher Mitbewerber nach der geplanten Regelung ihn an dessen Sitz verklagen.

---

<sup>1</sup> Was den Erlass von einstweiligen Beschlussverfügungen ohne Anhörung des Gegners betrifft, ist durch Entscheidungen des BVerfG sichergestellt, dass eine derartige Praxis gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verstößt (vgl. BVerfG WRP 2018, 1443 und 1448). Es ist davon auszugehen, dass diese Praxis der Vergangenheit angehört.

<sup>2</sup> Vgl. KG WRP 2008, 511.

Wirklich schutzbedürftig sind daher nur kleine Unternehmen. Dies ist auch der eigentliche Zweck des RegE (S. 20). Dieser Schutz lässt sich aber exakt dadurch erreichen, dass sich ein Kläger/Antragsteller nicht auf den „fliegenden Gerichtsstand“ i.S. des derzeitigen § 14 Abs. 2 S. 1 UWG berufen kann, wenn es sich bei dem Beklagten um ein kleines Unternehmen handelt. Um den Begriff präzise zu umschreiben, wird eine von der Kommission aufgestellte Definition der Kleinunternehmen verwendet, nämlich Unternehmen, die weniger als 50 Mitarbeiter und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mio. Euro haben.

Die örtliche Zuständigkeit ist vom Gericht von Amts wegen zu prüfen. Verneint das angerufene Gericht aufgrund dessen seine örtliche Zuständigkeit und verweist es den Rechtsstreit an das zuständige Gericht, so hat der Kläger, auch wenn er in der Hauptsache obliegt, die dafür entstandenen Mehrkosten zu tragen (§ 281 Abs. 1 S. 2 ZPO).

### Vorschlag

#### § 14

#### Sachliche und örtliche Zuständigkeit, Verordnungsermächtigung

(1) [wie § 13 Abs. 1 UWG]

(2) [wie § 14 Abs. 1 UWG]

(3) Für Klagen auf Grund dieses Gesetzes ist außerdem das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte die **geschäftliche** Handlung begangen hat. Satz 1 gilt für Klagen, die von den nach § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Anspruchs Berechtigten erhoben werden, nur dann, wenn der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche oder selbständige Niederlassung noch einen Wohnsitz hat. **Satz 1 gilt nicht, wenn es sich beim Beklagten um ein Kleinunternehmen nach Artikel 2 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission K(2003) 1422 handelt.**

(4) [wie § 14 Abs. 3 UWG-E]

## II. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs von Mitbewerbern bei Informationspflichtverletzungen (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E)

### 1. Regelungsvorschlag

Mitbewerber sollen nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E bei im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien begangenen Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz haben. Dies wird damit begründet (S. 30), dass sich in diesem Bereich Verstöße durch den Einsatz von Crawlern einfach und automatisiert feststellen ließen und zahlreiche besondere Informationspflichten bestünden.

## 2. Stellungnahme

Mit dieser Begründung lässt sich nicht der generelle Ausschluss eines Anspruchs auf Aufwendungsersatz rechtfertigen. Denn viele, wenn nicht die meisten Informations- und Kennzeichnungspflichten werfen für die Rechtsanwendung schwierige, häufig auch durch die Gerichte noch nicht geklärte Auslegungs- und einzelfallbezogene Abwägungsfragen auf.

Das bestätigen bereits die in der Begründung (S. 30) angegebenen Beispiele des § 5 TMG, des § 312d BGB (i.V. Art. 246a EGBGB) und der Preisangabenverordnung bei näherem Hinsehen. Es geht also nicht nur um Verstöße gegen bloße Impressumspflichten o.ä.

Wenn Mitbewerber in solchen Fällen eine Abmahnung aussprechen, geschieht dies nicht, um daraus Einnahmen zu erzielen, sondern um gegen wirklich wettbewerbsrelevante Normverstöße vorzugehen.

Die geplante Regelung könnte umgekehrt gerade auch kleine und mittlere Unternehmen veranlassen, von Abmahnungen Abstand zu nehmen, obwohl dies im Interesse aller Marktteilnehmer an einer Klärung von Rechtsfragen und vor allem im berechtigten Interesse der Verbraucher an einer informierten geschäftlichen Entscheidung läge.

Entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollte daher ein Ausschluss des Anspruchs auf Aufwendungsersatz nur für die Fälle vorgesehen werden, bei denen es sich um **leicht erkennbare und ohne rechtliche Wertung im Einzelfall feststellbare Verstöße** gegen Informations- oder Kennzeichnungspflichten handelt.

**Beispiel:** Pflicht zur Angabe der Telefonnummer bei Fernabsatzverträgen (§ 312d BGB i.V. mit Art. 246a § 1 Nr. 2 EGBGB).

Andererseits sollte sich die Regelung auch auf die Verletzung von Informationspflichten erstrecken, die nicht im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien erfolgen, etwa bei Versendung von Katalogen und Prospekten mit Bestellkarten.

### Vorschlag

#### § 13

(4)

1. **bei leicht erkennbaren und ohne rechtliche Wertung im Einzelfall feststellbaren** Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten.

## III. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs von Mitbewerbern bei Datenschutzverstößen (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E)

### 1. Regelungsvorschlag

Der Vorschlag betrifft sonstige (also nicht schon von Nr. 1 erfasste) Verstöße gegen die DS-GVO und das BDSG, soweit sie von Kleinst- und Kleinunternehmen begangen wurden. Eine Begründung dafür, weshalb Datenschutzverstöße zugleich abmahnfähige UWG-Verstöße sind, wird nicht gegeben, obwohl dies gerade von der h.L.<sup>3</sup> und der neueren Rspr.<sup>4</sup> verneint wird.

## 2. Stellungnahme

Die geplante Regelung setzt notwendigerweise voraus, dass Datenschutzverstöße zugleich Verstöße gegen §§ 3 Abs. 1, 3a UWG sind und überdies auch Mitbewerber i.S. des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG berechtigt sind, dagegen mit Abmahnung und Klage vorzugehen. Andernfalls hätte die Regelung keinen Sinn.

### a) Abschließende Regelung der Durchsetzung in der DS-GVO

Dabei wird aber verkannt, dass die DS-GVO – anders noch als die aufgehobene Datenschutzrichtlinie 95/46/EG – eine abschließende Regelung ihrer Durchsetzung enthält.<sup>5</sup> Die Durchsetzung hat durch unabhängige Aufsichtsbehörden zu erfolgen, denen dazu umfassende Untersuchungs- und Abhilfebefugnisse übertragen werden (Art. 57, 58 DS-GVO).

Die Befugnisse reichen von bloßen Warnungen und Verwarnungen bis hin zur Verhängung von drakonischen Geldbußen bis in Höhe von 20 Mio. Euro oder 4 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes (Art. 83 DS-GVO). Damit sie ihre Aufgaben auch tatsächlich erfüllen können, müssen sie die Mitgliedstaaten mit entsprechenden Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen ausstatten (Art. 51 Abs. 4 DS-GVO). Daneben können die von einem Datenschutzverstoß betroffenen natürlichen Personen ihre Rechte aus der DS-GVO (z.B. Auskunftsrecht, Recht auf Berichtigung oder Löschung oder Übertragung von Daten) selbst gegenüber Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern durchsetzen (Art. 79 DS-GVO). Sie können damit auch Stellen i.S. des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO (z.B. Verbände) beauftragen und bevollmächtigen. Diese Stellen können auch ohne Auftrag von betroffenen Personen deren Rechte durchsetzen, sofern die Mitgliedstaaten von der dafür vorgesehenen Öffnungsklausel des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO Gebrauch machen. Zu diesen Stellen gehören auch Verbraucherschutzverbände, sofern sie die Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO erfüllen.

---

<sup>3</sup> Vgl. *Barth* WRP 2018, 290, 291 f.; *Hohlweck* in Büscher, UWG 2019, § 3a Rn. 284; *Köhler* in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 3a Rn. 1.40 ff. und 1.74b; *Lettl* WRP 2019, 289, 292; *Remmert* GRUR-Prax 2018, 254, 256; *Schaffert* in MüKoUWG, 3. Aufl. 2019, § 3a Rn. 84; *Schmitt* WRP 2019, 27 Rn. 22; *Spittka* GRUR-Prax 2019, 271; *GRUR-Stellungnahme*, GRUR 2019, 59, 65. Jüngst – auch in Auseinandersetzung mit dem RegE – *Köhler*, Durchsetzung der DS-GVO – Eine Aufgabe auch für Mitbewerber oder zumindest für Verbraucherverbände, WRP 2019, 1279.

<sup>4</sup> LG Bochum K&R 2018, 737; LG Wiesbaden K&R 2019, 281; LG Magdeburg K & R 2019, 210; LG Stuttgart WRP 2019, 1089. – AA *Wolff*, ZD 2018, 248 (Gutachten); OLG Hamburg WRP 2018, 1510 (obiter dictum); *Laoutemai/Hoppe*, K&R 2018, 533; *Uebele* GRUR 2019, 694.

<sup>5</sup> Weitere Beispiele für abschließende Regelungen der Rechtsdurchsetzung, die eine Anwendung des § 3a UWG ausschließen, sind das Kartellrecht (BGH GRUR 2006, 773 Rn. 13-16 – Probeabonnement), das Sozialrecht (BGH WRP 2006, 743 Rn. 23 – Blutdruckmessungen) und das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (BGH WRP 2017, 69 Rn. 42 ff. – Arbeitnehmerüberlassung).



In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass

- Deutschland bis jetzt von dieser Öffnungsklausel noch keinen Gebrauch gemacht hat,
- aber auch wenn dies geschieht, nur Verbände, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, nicht aber auch Mitbewerber klagen können und
- Verbände überdies nur die Rechte betroffener Personen nach Art. 79 DS-GVO geltend machen können.

Die in § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E vorgesehene Regelung ist daher unvereinbar mit dem vorrangigen Unionsrecht.

#### **b) Sachliche Notwendigkeit einer Konzentration der Rechtsdurchsetzung auf die Aufsichtsbehörden**

Eine Konzentration der allgemeinen Rechtsdurchsetzung auf die Aufsichtsbehörden ist davon abgesehen auch sachlich geboten, ja notwendig, weil die DS-GVO unionsweit gilt. Die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in dieser Verordnung müssen einheitlich geklärt werden, um eine Rechtszersplitterung innerhalb der Union zu vermeiden. Zu diesem Zweck sind in Kap. VII (Zusammenarbeit und Kohärenz) zahlreiche Einzelregelungen zur Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden vorgesehen.

Wollte man darüber hinaus auch den Zivilgerichten die Aufgabe der generellen Durchsetzung der DS-GVO zuweisen, bestünde die weitere Gefahr inhaltlich einander widersprechender Entscheidungen von Aufsichtsbehörden und Zivilgerichten innerhalb der Bundesrepublik. Dies sollte im Interesse der Rechtssicherheit und Klarheit für alle Beteiligten vermieden werden.

#### **c) Einwand der Überlastung der Aufsichtsbehörden**

Auch der häufig zu hörende Einwand, dass die Aufsichtsbehörden überlastet wären, rechtfertigt in keiner Weise das Vorgehen von Mitbewerbern gegen Datenschutzverstöße mittels Abmahnung und Klage. Denn erstens besteht die unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten zur angemessenen Ausstattung dieser Behörden, zweitens haben diese Behörden gerade spezielle Kenntnisse und Erfahrungen im Datenschutzrecht, drittens müssten auch noch entsprechende Ressourcen bei allen örtlich zuständigen Zivilgerichten mit entsprechenden Kosten geschaffen werden. Denn diese sind ebenfalls überlastet und es droht bereits jetzt ein Richtermangel.

#### **d) Verhältnismäßigkeit der Rechtsdurchsetzung**

Die Aufsichtsbehörden können je nach den Umständen des Einzelfalls ganz unterschiedliche Maßnahmen treffen und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorgehen. Die Gerichte sind dagegen darauf beschränkt, bestimmte Verbote oder Gebote auszusprechen, deren Überprüfung durch höhere Gerichte bis hin zur Vorlage an den EuGH überdies Jahre in Anspruch nehmen kann.

#### **e) Gefahr der Auslösung einer Abmahnwelle**

Die Regelung in § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E könnte Mitbewerber (und auch Anwälte, die darin ein neues Geschäftsfeld sehen) dazu ermutigen, gegen Datenschutzverstöße auf breiter Linie vorzugehen. Dass es bisher nicht zu einer Abmahnwelle gekommen ist, beruht gerade darauf, dass Mitbewerber und deren Anwälte wegen der unklaren Rechtslage keine Risiken eingehen wollten.

#### **f) Verbleibende Möglichkeit des Vorgehens nach dem UWG gegen Datenschutzverstöße**

Die DS-GVO ist kein Gesetz zum Schutz der Verbraucher, Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer i.S. des § 1 UWG. Sie verwendet an keiner Stelle diese Begriffe und stellt daher auch keine Marktverhaltensregelungen i.S. des § 3a UWG auf. Vielmehr bezweckt sie den Schutz natürlicher Personen in ihrem Grundrecht auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten (Art. 16 AEUV; Art. 8 GR-Charta). Wegen der abschließenden Regelung ihrer Durchsetzung ist ein unmittelbares Vorgehen gegen Datenschutzverstöße nach den §§ 3 Abs. 1, 3a UWG ausgeschlossen.

**Nicht ausgeschlossen** ist damit aber das Vorgehen gegen sonstige Zuwiderhandlungen gegen die §§ 3 und 7 UWG („originäre Wettbewerbsverstöße“). Dazu gehören Verstöße gegen die §§ 3 Abs. 2 und 3, 4a, 5, 5a, 6 und 7 UWG, sofern ihnen ein Verstoß gegen die DS-GVO zugrunde liegt.<sup>6</sup>

#### **Beispiele:**

(1) Ein Unternehmer droht einem Verbraucher, der fällige Rechnungen nicht bezahlt, mit der Veröffentlichung der ihm bekannten personenbezogenen Daten dieses Kunden. Dieses Verhalten verstößt gegen § 4a Abs. 1 UWG wegen der „Drohung mit rechtlich unzulässigen Handlungen“ (§ 4a Abs. 2 Nr. 5 UWG).

(2) Das Unternehmen Planet49 veranstaltete auf einer Website ein Gewinnspiel zu Werbezwecken. Die Besonderheit bestand darin, dass die am Gewinnspiel interessierten Internetnutzer aufgrund eines voreingestellten Häkchens in einem Ankreuzkästchen ihre Einwilligung dazu gaben, dass ihnen nach dem Aufsuchen einer Website von Werbepartnern von Planet49 aufgrund eines Cookies Werbemails dieser Werbepartner zugesandt wurden. Da die nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG erforderliche Einwilligung nicht den Anforderungen der DS-GVO entsprach,<sup>7</sup> war und ist der *vzbv* berechtigt, wegen Verstoßes gegen diese UWG-Norm dagegen vorzugehen.

#### **g) Streichung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E präjudiziert nicht die Anwendung des UWG**

Die Streichung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E führt lediglich dazu, dass der deutsche Gesetzgeber zur Frage der abschließenden Regelung der Durchsetzung der DS-GVO nicht ausdrücklich Stellung nimmt. Ob deutsche Zivilgerichte berechtigt sind, mittels des deutschen UWG die DS-GVO durchzusetzen, kann letztlich nicht der deutsche Gesetzgeber, sondern muss der EuGH entscheiden.

---

<sup>6</sup> Vgl. *Ohly* GRUR 2019, 686, 691 ff.

<sup>7</sup> Vgl. EuGH, 1.10.2019 – C-673/17, WRP 2019, 1455 – *vzbv/Planet49*.

## Vorschlag

Streichung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E

### IV. Anspruchsberechtigung von Körperschaften des öffentlichen Rechts und Gewerkschaften (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E und § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E)

#### 1. Die Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E

##### a) Regelungsvorschlag

Nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E sind anspruchsberechtigt i.S. von § 8 Abs. 1 UWG (i.V. mit den §§ 3 und 7 UWG) neben *öffentlich-rechtlichen Kammern* auch „*Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Vertretung selbständiger beruflicher Interessen*“.

##### b) Stellungnahme

###### aa) Körperschaften des öffentlichen Rechts

Was die öffentlich-rechtlich organisierten Kammern angeht, entspricht die Regelung der bisherigen Rechtslage.<sup>8</sup> Von Seiten des Handwerks wird zusätzlich gefordert, auch *privatrechtlich organisierten* Innungsverbänden des Handwerks (§§ 80 ff. HwO) die Anspruchsberechtigung zu verleihen. Dazu müssten aber deren Satzungen eine entsprechende Aufgabenstellung enthalten, was bis jetzt offenbar nicht der Fall ist.

###### bb) Gewerkschaften

Die geplante Regelung hinsichtlich der *Gewerkschaften* geht auf eine Stellungnahme von *ver.di* zum RefE zurück. *ver.di* ist der Auffassung, dass die Klagebefugnis von Gewerkschaften schon bisher von den Gerichten überwiegend anerkannt worden sei. Dies müsse auch für eine Neuregelung gelten, jedoch sollten für Gewerkschaften ebenso wenig wie für die Kammern nicht die Anforderungen an einen „qualifizierten Wirtschaftsverband“ gelten, weil sie noch nie missbräuchlich abgemahnt hätten.

In allen einschlägigen von *ver.di* mitgeteilten Verfahren ging es aber ausschließlich um die Unwirksamkeit von AGB, die Verlage gegenüber freiberuflich tätigen Journalisten anwendeten. Zur Anspruchsberechtigung von Gewerkschaften gibt es nur eine einzige relevante Entscheidung des BGH.<sup>9</sup> Darin bejahte er zwar nicht die Anspruchsberechtigung einer Ge-

---

<sup>8</sup> Dies entspricht bereits der derzeitigen Rechtslage (vgl. z.B. BGH GRUR 2006, 598 Rn. 12 – *Zahnarztbriefbogen: Eine Kammer freier Berufe ist befugt, Wettbewerbsverstöße von Kammerangehörigen oder deren Wettbewerbern im Zivilrechtsweg zu verfolgen*).

<sup>9</sup> BGH, Ur. v. 31.05.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 Rn. 1, 11 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*.

werkschaft als solcher, sondern die eines „Berufsverbands für angestellte und freie Journalisten, deren berufliche, rechtliche und soziale Interessen er satzungsgemäß wahrnimmt“.<sup>10</sup>

Der BGH leitete die Anspruchsberechtigung dieses Verbands jedoch nicht aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, sondern aus § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG ab. Es wurde also keine Anspruchsberechtigung für alle denkbaren Wettbewerbsverstöße i.S. des § 8 Abs. 1 UWG bejaht, sondern nur für einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG (konkret: wegen der Verwendung unwirksamer AGB durch einen Verlag gegenüber freien Journalisten). Der Begriff „Gewerkschaft“ taucht in der Entscheidung nicht auf. Die zu § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E gegebene Begründung (S. 25), die Gewerkschaften seien entsprechend ihrer bisherigen Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG auch weiterhin im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Vertretung selbständiger beruflicher Interessen klagebefugt, ist insoweit nicht zutreffend.

Es ist auch nicht zu erkennen, welches Interesse Gewerkschaften, die zusätzlich die Interessen von selbständig beruflich Tätigen wahrnehmen, haben könnten, Wettbewerbsverstöße i.S. der §§ 3 und 7 UWG von Unternehmen zu bekämpfen und dementsprechend ihre Mitglieder zu Fragen des lautereren Wettbewerbs zu beraten und zu informieren, wie dies von den „qualifizierten Wirtschaftsverbänden“ verlangt wird (vgl. RegE S. 26).

Den Gewerkschaften geht es ersichtlich darum, ihre freiberuflich tätigen Mitglieder im Verhältnis zu deren Auftraggebern (Vertikalverhältnis) in vergleichbarer Weise zu schützen wie Arbeitnehmer im Verhältnis zu ihren Arbeitgebern, weil sie ebenfalls von diesen wirtschaftlich abhängig sind. Insoweit besteht ein großer Unterschied zu den öffentlich-rechtlichen Körperschaften, insbesondere *Kammern*. Soweit in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E neben den IHKs und Handwerkskammern auch sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften anspruchsberechtigt sind, betrifft dies nur Mitglieder in deren Eigenschaft als selbständige Unternehmer, die auf einem Markt für bestimmte Dienstleistungen tätig sind und insoweit in Wettbewerb zu anderen Unternehmen stehen. Es ist die Aufgabe dieser Kammern, gegen Wettbewerbsverstöße (z.B. irreführende Werbung) ihrer Mitgliedsunternehmen, aber auch gegen deren Mitbewerber vorzugehen. Im Übrigen unterliegen sie ihrerseits der staatlichen Kontrolle. Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind daher nicht mit Gewerkschaften vergleichbar.

### Vorschlag

Beschränkung des § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E auf öffentlich-rechtliche Körperschaften

## 2. Die Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E

### a) Regelungsvorschlag

---

<sup>10</sup> Dahinter stand der *Deutsche Journalistenverband e.V.*, der zugleich eine Gewerkschaft ist.

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E stehen „die in den §§ 1 bis 2 bezeichneten Ansprüche unter anderem den Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer satzungsgemäßen Aufgaben“ zu

## **b) Stellungnahme**

Diesem Regelungsvorschlag ist grundsätzlich zuzustimmen, weil er im Einklang mit der Zuerkennung einer Anspruchsberechtigung von Gewerkschaften, die *zugleich* Berufsverbände sind, durch den BGH in der Entscheidung „Honorarbedingungen Freier Journalisten“ steht. Es ist nachvollziehbar, dass sich Gewerkschaften nicht als „qualifizierte Wirtschaftsverbände“ i.S. des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E und § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG-E behandeln lassen wollen. Denn sie wollen ihre freiberuflichen Mitglieder nicht in deren Eigenschaft als Unternehmer kontrollieren, sondern lediglich als arbeitnehmerähnliche Personen im Verhältnis zu deren Auftraggebern schützen. Allerdings beschränkt sich die Anspruchsberechtigung der Gewerkschaften aufgrund ihrer Aufgabenstellung folgerichtig auf Verstöße gegen § 1 UKlaG.

### **Vorschlag**

Nach § 3 Absatz 1 UKlaG wird folgender Absatz eingefügt:

**(1a) Die in § 1 bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung stehen Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer satzungsmäßigen Aufgaben bei der Vertretung selbständiger beruflicher Interessen zu, soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt.**

## **C. Einzelfragen zum Regierungsentwurf**

### **I. Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E)**

#### **1. Regelungsvorschlag**

Ein Mitbewerber soll nur noch dann anspruchsberechtigt sein, wenn er „Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt“. Die Regelung soll offenbar als vorgeschalteter Filter dienen, um missbräuchlichen Abmahnungen vorzubeugen. Das ist gut gemeint, erweist sich aber bei genauerem Hinsehen als schwerwiegende Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen von kleinen Unternehmen, die sich gegen Wettbewerbsverstöße von anderen, insbesondere größeren Unternehmen zur Wehr setzen wollen.

#### **2. Stellungnahme**

##### **a) Definition des Begriffs „Mitbewerber“ als Ausgangspunkt**

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist Mitbewerber „jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht“. Bezogen auf die Abmahnbefugnis

muss ein Unternehmer daher zu dem Unternehmen, dessen geschäftliche Handlung er als unzulässig nach § 3 oder § 7 UWG beanstandet, in einem „konkreten Wettbewerbsverhältnis“ stehen.<sup>11</sup> Es kommt also nicht auf die gesamte Geschäftstätigkeit eines abmahnenden Unternehmens an, sondern nur auf die Verhältnisse auf dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt an, auf dem sich die Unternehmen in Wettbewerb zueinander befinden.

#### **b) Das Kriterium „in nicht unerheblichem Maße“**

Das Kriterium „in nicht unerheblichem Maße“ ist sehr unbestimmt und kann gerade deshalb gerade seriöse kleine Unternehmen auf einem bestimmten Markt von der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen abhalten. Sie müssen befürchten, dass ihnen bereits die fehlende Anspruchsberechtigung entgegengehalten wird, ohne dass es zu einer Prüfung eines missbräuchlichen Vorgehens kommt.

**Beispiel:** Ein Start-up-Unternehmen will auf einem Markt Fuß fassen und hat dementsprechend erst geringfügige Umsätze, wird dabei aber durch eine unzulässige vergleichende Werbung eines auf diesem Markt etablierten Großunternehmens behindert.<sup>12</sup>

Wenn es in der Begründung des RegE weiter heißt: „*Spricht der Mitbewerber eine größere Anzahl von Abmahnungen aus, muss entsprechend der Umfang der geschäftlichen Tätigkeit größer sein*“, wird zudem nicht der Fall bedacht, dass sich eine Vielzahl von Unternehmen wettbewerbswidrig verhält. Daher muss es – wie in der bisherigen Rspr.<sup>13</sup> anerkannt – auch kleinen Unternehmen möglich sein, gegen sie alle vorzugehen, um auf einem Markt Fuß fassen oder sich behaupten zu können.

Ein geringfügiger Umsatz eines Unternehmens kann daher allenfalls ein Indiz im Rahmen der Gesamtwürdigung des Verhaltens eines Unternehmens bei der Feststellung eines Missbrauchs sein, nicht aber eine Voraussetzung seiner Abmahnberechtigung sein.

#### **b) Das Kriterium „nicht nur gelegentlich“**

Es verbleibt da zweite (an sich kumulative) Erfordernis, dass ein Unternehmer nur dann als Mitbewerber anspruchsberechtigt sein soll, wenn er „*Waren oder Dienstleistungen ... nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt*“. Es bezieht sich ebenfalls auf den relevanten Markt. Sofern eine Person nur auf einem einzigen bestimmten Markt tätig ist und

---

<sup>11</sup> Ein „konkretes Wettbewerbsverhältnis“ zu einem anderen Unternehmen besteht nach st. Rspr. stets dann, wenn beide Parteien die gleichen oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb des gleichen Endabnehmerkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, d.h. in seinem Absatz behindern oder stören kann (vgl. z.B. BGH GRUR 2017, 397 Rn. 45 – *World of Warcraft II*).

<sup>12</sup> Wenn es in der Begründung heißt: „*Wettbewerber, die ihre Geschäftstätigkeit gerade erst aufgenommen haben ..., werden sich hierauf nur in Ausnahmefällen berufen können, zum Beispiel, wenn unzweifelhaft ist, dass die Geschäftstätigkeit weitergeführt oder ausgeweitet werden wird*“, so ist dies erst recht bedenklich. Denn gerade bei Start-ups besteht immer das Risiko, dass das Unternehmen scheitert.

<sup>13</sup> Vgl. OLG München GRUR-RR 2007, 55; OLG Frankfurt GRUR-RR 2007, 56 (57); Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 8 Rn. 4.12b aE.

auch auf diesem Markt nur gelegentlich Waren oder Dienstleistungen anbietet, fehlt ihr allerdings bereits die Unternehmereigenschaft, und sie kann daher schon aus diesem Grund nicht Mitbewerber sein. Denn der Begriff des Unternehmers ist funktional zu verstehen und erfordert nach st. Rspr.<sup>14</sup> eine „auf eine gewisse Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben“. Relevant kann die zweite Voraussetzung daher nur werden, wenn ein Unternehmer auf einem anderen Markt Waren oder Dienstleistungen nur „gelegentlich“ anbietet. Aber was heißt „gelegentlich“? **Beispiel:** Ein Kabarettist ohne festes Engagement tritt hin und wieder in der Öffentlichkeit auf, wenn er dazu von einem Veranstalter eingeladen wird. Soll er nicht gegen einen Wettbewerber nach § 4 Nr. 1 UWG vorgehen können, wenn ihn dieser in Interviews herabsetzt und verächtlich macht? Im Übrigen kann eine Person nicht Unternehmer sein, die Waren oder Dienstleistungen nur **nachfragt**, aber nicht vertreibt.

### Vorschlag

Keine Änderung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

## II. Anspruchsberechtigung von „qualifizierten Wirtschaftsverbänden“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E i.V. mit § 8a Abs. 2 UWG-E)

### 1. Regelungsvorschlag

Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E sollen künftig nur noch solche Unternehmerverbände anspruchsberechtigt sein, die in eine vom Bundesamt für Justiz geführte „Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände“ eingetragen sind. Dazu müssen sie bestimmte Anforderungen erfüllen und nach der Eintragung periodisch bestimmte Berichtspflichten erfüllen. Zweck der Regelung ist es ersichtlich, solche Verbände nicht aufzunehmen bzw. wieder auszuschließen, denen es in erster Linie um die Erzielung von Einnahmen aus Abmahnungen geht. Sie hat ebenfalls **Präventivfunktion** und soll von vornherein verhindern, dass es zu missbräuchlichen Abmahnungen kommt.

### 2. Stellungnahme

#### a) Grundsätzliche Beurteilung

Die Vorschrift stellt ein Äquivalent zur bereits bewährten Regelung der Anspruchsberechtigung von Verbraucherverbänden nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG („qualifizierte Einrichtungen“) dar und ist daher grundsätzlich im Sinne einer Gleichbehandlung zu begrüßen.

#### b) Einzelne Anforderungen an „qualifizierte Wirtschaftsverbände“

---

<sup>14</sup> Vgl. BGH GRUR 2009, 871 Rn. 33 – *Ohrclips*; BGHZ 167, 40 Rn. 14; OLG München GRUR 2017, 1147 Rn. 73; Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 2 Rn. 21.

#### aa) § 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E

Bedenken bestehen gegen das Erfordernis von mindestens 75 Unternehmen als Mitgliedern (§ 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E). Denn insoweit handelt es sich um eine andere Größenordnung als bei Verbraucherverbänden, die 75 Verbraucher als Mitglieder haben müssen. Im Vergleich zur Regelung bei Verbraucherverbänden genügt es auch nicht, dass der Verband mindestens drei Verbände, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind, als Mitglieder hat.

Jedenfalls ist das Erfordernis einer Mitgliedschaft von mindestens 75 Unternehmen eine zu starre und damit unverhältnismäßige Regelung. Es wird nicht berücksichtigt, dass es viele, insbesondere auch neue Produktmärkte gibt, auf denen erst oder nur eine weitaus geringere Zahl von Unternehmen tätig ist. Der generelle Ausschluss von Verbänden, die nicht diese Mitgliederzahl erreichen, ist nicht gerechtfertigt. Vielmehr neben dem absoluten auch ein relatives, nämlich auf den jeweiligen Markt bezogenes Kriterium vorgesehen werden.

#### Vorschlag

§ 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E:

1. er mindestens 75 Unternehmer **oder mindestens ein Drittel der auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmer** als Mitglieder hat,

#### bb) § 8a Abs. 3 UWG-E i.V. § 4b UKlaG-E

Die Einführung von Berichts- und Mitteilungspflichten für Verbraucherverbände (§ 4b UKlaG-E) und für Wirtschaftsverbände ist bedenklich im Hinblick auf den damit verbundenen zusätzlichen personellen und organisatorischen Aufwand. Dies betrifft sowohl das Bundesamt für Justiz, als auch ganz besonders die Wirtschafts- und Verbraucherverbände, die die Hauptlast der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs tragen, wie die Wettbewerbszentrale und der vzbv. Die damit verbundenen Kosten, einschließlich des Bußgeldrisikos, stehen in keinem angemessenen Verhältnis zu dem Nutzen dieser Regelung. Sie entspricht daher nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

#### Vorschlag

**Streichung des § 4b UKlaG-E und entsprechende Änderung des § 8a Abs. 3 UWG-E**

### III. Verbot der missbräuchlichen Abmahnung (§ 8b Abs. 2 UWG-E)

#### 1. Regelungsvorschlag

Nach § 8b Abs. 2 UWG-E liegt eine missbräuchliche Abmahnung insbesondere in fünf Fällen vor. Damit soll die Regelung in § 8b Abs. 1 UWG-E konkretisiert werden. § 8b Abs. 2



Nr. 1 UWG-E entspricht weitgehend dem § 8 Abs. 4 S. 1 UWG. Im Übrigen orientiert sich die Regelung weitgehend an der bisherigen Rspr. zu dieser Vorschrift.

## 2. Stellungnahme

Problematisch ist dabei, dass in den Tatbeständen der Nrn. 2 – 5 des § 8b Abs. 2 UWG-E ein Missbrauch angenommen wird, ohne dass es auf sonstige Umstände des Einzelfalls ankommt.<sup>15</sup> Diese können aber gerade dann eine Rolle spielen, wenn es darum geht, die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe dieser Norm („erhebliche Anzahl“, „außer Verhältnis“, „anzunehmen ist“, „unangemessen hoch“, „erheblich überhöht“, „erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht“) im Einzelfall anzuwenden.

Daher würde es sich empfehlen, bei diesen Nummern nur von einer Vermutung zu sprechen, wie dies sogar in der Begründung des RegE (S. 27) steht.

### Vorschlag

#### § 8b

(1) [wie § 8 Abs. 4 S. 1 UWG, aber um den Zusatz „oder die Zahlung einer Vertragsstrafe“ erweitert]

(2) Eine missbräuchliche Geltendmachung wird **vermutet**, wenn [Nrn. 2 – 5]

## IV. Formale Anforderungen an eine Abmahnung (§ 13 Abs. 2 UWG-E)

### 1. Regelungsvorschlag

Nach § 13 Abs. 2 UWG-E müssen in der Abmahnung 5 Angaben gemacht werden, und zwar klar und verständlich. Soweit die Abmahnung diesen Anforderungen nicht entspricht, hat der Abmahner keinen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen. Dagegen hat der Abgemahnte umgekehrt nach § 13 Abs. 5 S. 1 UWG-E einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen.

### 2. Stellungnahme

Die Rechtsfolgen für einen abmahnenden Mitbewerber, der diese Anforderungen nicht erfüllt, sind so schwerwiegend, dass redliche Unternehmer sich veranlasst sehen, von berechtigten Abmahnungen abzusehen, weil sie dieses Risiko nicht eingehen wollen. In diesem Sinne bewirkt die Regelung eher eine Schwächung als eine Stärkung des fairen Wettbewerbs.

#### a) § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E

---

<sup>15</sup> Dazu jüngst die überaus sorgfältig begründete Entscheidung BGH WRP 2019, 180 Rn. 21 – 38 – *Abmahnaktion II*.

Zweifel wirft bereits die Nr. 2 (Voraussetzungen der Abmahnberechtigung nach § 8 Abs. 3 in der Fassung des UWG-E) auf. So müsste im Hinblick auf § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E der Abmahnende klar und verständlich angeben, dass und inwieweit er in einem „konkreten Wettbewerbsverhältnis“ zum Abgemahnten steht, was im Einzelfall schwierige Rechtsfragen aufwirft. Das Gleiche gilt für die Merkmale „in nicht nur unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich“. Die Begründung (S. 29) nennt als Beispiel „Größenkategorien der Zahl der Verkäufe“. Damit steht aber im Einzelfall gerade nicht fest, dass die Anspruchsberechtigung gegeben ist. Was soll im Übrigen für Dienstleistungen gelten, wie z.B. bei Architekten, Ärzten, Steuerberatern, Maklern? Zu bedenken ist auch, dass die anzugebenden Informationen für den Gegner wettbewerblich von hohem Interesse sein können. Was soll ferner bei § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E („qualifizierter Wirtschaftsverband“) angegeben werden, wenn es darum geht, inwieweit „die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt“?

#### **b) § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG-E**

Erhebliche Zweifel bestehen auch bei § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG-E, soweit es um die Angabe der „Rechtsverletzung“ geht. Welche Vorschriften des UWG durch eine geschäftliche Handlung verletzt werden, ist eine Frage, die letztlich das Gericht entscheiden muss („jura novit curia“ und „dabo mihi facta, dabo tibi jus“), zumal es gerade auch um Fragen der Feststellung des jeweiligen Streitgegenstands geht.

Auch zum Schutz der Abgemahnten, insbesondere wenn es sich um kleine Unternehmen handelt, erscheint daher eine Formulierung wie „die Angabe der tatsächlichen Umstände, die nach Auffassung des Abmahnenden eine Rechtsverletzung darstellen“<sup>16</sup> angezeigt. Damit wird nämlich zugleich ein Einschüchterungseffekt vermieden.

#### **c) § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-E**

Bedenken bestehen ferner gegen § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-E, weil eine rechtliche Subsumtion verlangt wird, die letztlich dem Gericht vorbehalten ist. Man kann nicht vom abmahnenden Mitbewerber verlangen, dass er selbst eine solche im Einzelfall höchst schwierige Subsumtion zu seinem Nachteil vornimmt, zumal – wie dargelegt – die Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E stark korrekturbedürftig ist.

### **Vorschlag**

1. Streichung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 5 UWG-E;
2. Ersetzung der Nr. 4 durch folgende Regelung:  
„die Angabe der tatsächlichen Umstände, die nach Auffassung des Abmahnenden eine Rechtsverletzung darstellen“;

---

<sup>16</sup> Vgl. dazu BGH WRP 2019, 883 Rn.31 – Prämiensparverträge.

